

Danny José Cevallos C. (Ecuador)*

El Estado constitucional de derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del derecho**

RESUMEN

El artículo pretende mostrar cómo muchos de los temas fundamentales del Estado constitucional de derecho en América Latina encuentran su origen en el constitucionalismo alemán. A partir de esta convergencia, que supone la relevancia de la teoría del derecho como reflexión general sobre los problemas jurídicos, se concluye subrayando la importancia de contar con una concepción adecuada del fenómeno jurídico para desarrollar y defender el ideal de Estado constitucional de derecho que compartimos.

Palabras clave: América Latina, Ley Fundamental de Bonn, constitucionalismo.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem vorliegenden Artikel soll dargelegt werden, inwieweit zahlreiche Grundsatzfragen des Verfassungsstaats in Lateinamerika auf den deutschen Konstitutionalismus zurückzuführen sind. Ausgehend von dieser Konvergenz, die die Relevanz der Rechtstheorie als allgemeine Reflexion über Rechtsfragen voraussetzt, unterstreicht der Beitrag abschließend die Bedeutung einer angemessenen Rechtskonzeption für die Entwicklung und Verteidigung des Verfassungsstaats als gemeinsames Ideal.

Schlagwörter: Lateinamerika, Bonner Grundgesetz, Konstitutionalismus.

* Doctorando en Derecho e investigador predoctoral del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. danny.cevallos@ua.es

** Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación “Una teoría postpositivista del Derecho” (DER2017-86643-P), financiado por la Agencia Estatal de Investigación de España y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder), Unión Europea. Agradezco a Isabel Lifante Vidal, Josep Aguiló Regla y Manuel Atienza sus valiosos comentarios hechos sobre el borrador de este trabajo. Los errores que subsistan son enteramente míos.

ABSTRACT

This article seeks to show how many of the foundations of the constitutional rule of law in Latin America find their origin in German constitutionalism. Based on this convergence, which presumes the relevance of the theory of law as a general reflection on legal problems, the article concludes by emphasizing the importance of having an adequate conception of the legal phenomenon in order to develop and defend the ideal of the constitutional rule of law that we share.

Key words: Latin America, Basic Law of Bonn, constitutionalism.

Introducción

Con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (en adelante LFB) empieza a cimentarse la noción de lo que hoy denominamos *Estado constitucional*, al menos dentro de la cultura jurídica de tradición romano-germánica. El contundente arsenal jurídico-valorativo establecido en dicha ley fundamental, y una cultura de respeto por los postulados del Estado de derecho, por los derechos fundamentales y por la democracia, junto con el federalismo, son los rasgos principales que caracterizan al constitucionalismo alemán desde la segunda mitad del siglo pasado. Muchos de esos rasgos han sido emulados por otros países, con resultados diversos.

Si bien es posible encontrar algunos antecedentes en la Constitución de Weimar de 1919,¹ son los postulados de la LFB, junto con la exitosa actividad del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF), los que estimularon que el fenómeno de la *constitucionalización* de los Estados se extendiera como tal, primero, a otros países europeo-continenciales (v. g., Portugal con su Constitución de 1976 y España con su Constitución de 1978),² y después a la mayoría de países latinoamericanos, en especial a partir de la década de los ochenta, una vez finalizada la ola de dictaduras que azotó a la región. En América Latina, esto se refleja en el contenido de los nuevos textos constitucionales, bien como nuevas constituciones íntegras, bien mediante profundas reformas a los existentes.

En suma, es en la LFB donde se instituyeron y, dado su éxito, se expandieron de manera indiscutible muchas de las nociones, categorías e instituciones políticas y jurídicas con las que interactuamos actualmente, sobre todo en materia constitucional,

¹ Que, en muchos sentidos, fue un modelo de modernidad y una de las más progresistas de su época, a pesar de los variados problemas que se presentaron en su implementación (Maribel González, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2010, p. 19; Jörg Polakiewicz, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, julio-septiembre, 1993, pp. 31 ss.; *in extenso*, Pablo Lucas, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987).

² Si bien existía ya la Constitución de Italia de 1947, no trascendió en la forma y magnitud que sí lo hizo la LFB.

y que se han enraizado en el constitucionalismo contemporáneo y en la cultura jurídica actual como verdaderos lugares comunes.³

En esa línea, el TCF ha sido el órgano jurisdiccional que ha coadyuvado de manera primordial, y no siempre fácil, a implantar y desarrollar el arsenal argumentativo contenido en la Constitución alemana. Su actividad, principalmente en materia de derechos fundamentales, le ha valido un gran prestigio y reconocimiento, tanto interna como internacionalmente. Para Konrad Hesse, v. g., “el *Bundesverfassungsgerichts* [Tribunal Constitucional] ha impuesto la eficacia de los derechos fundamentales no solo para la vida estatal, sino también para la totalidad de la vida jurídica en la República Federal, y sentado las bases para la importancia omnicomprendensiva actual de los derechos fundamentales”.⁴ Y es que con sobrada razón puede decirse que “la historia de la Ley Fundamental es al mismo tiempo la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.⁵

El Tribunal ha ido escribiendo esta historia, principalmente, a través de sus decisiones dentro de los *recursos de amparo* –*Verfassungsbeschwerde*– pues, no obstante existir otras vías de control y protección constitucional, por su diseño el recurso de amparo se ha convertido en la principal vía de llegada de la ciudadanía al TCF, y la oportunidad para que este conozca sobre casos concretos y reales –en sentido *ex post*–⁶ de derechos fundamentales y, a su vez, dada la variedad e intensidad de los temas que podrían ser abordados en este recurso, es donde, consecuentemente, el TCF ha podido desarrollar y consolidar su principal jurisprudencia en materia de derechos fundamentales a partir del análisis y decisión sobre la aplicación del

³ En este artículo, las ideas y los comentarios que se realicen sobre constitucionalismo, dogmática, teoría y filosofía del derecho deberán siempre contextualizarse dentro de la cultura jurídica del *civil law*. Esto es, desde ese mínimo común denominador de la idea de ‘derecho’ que se comparte en los países del espacio europeo-continental y del latinoamericano, de tradición jurídica germano-románica, y no –o al menos solo excepcionalmente– desde la tradición jurídica del *common law*. Ciertamente es que, en la actualidad, los puntos de conexión entre estas dos grandes tradiciones parecen confluír cada vez más, como si de una “globalización” jurídica se tratase; no obstante, al menos hasta ahora persisten muchos rasgos comunes que permitirían hablar incluso de una concreta filosofía del derecho “para el mundo latino” (Manuel Atienza, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 662, 663; “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 47 ss.).

⁴ Konrad Hesse, “Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 108.

⁵ Mark Unger, “Sesenta años de la Ley Fundamental Alemana - de un provisorio con una larga vida”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 307.

⁶ Oportunidad que, en general, no ofrece, v. g., la acción de inconstitucionalidad de norma jurídica, donde se controla en abstracto, *ex ante*, la compatibilidad o no de un enunciado normativo con la Constitución. Vale comentar también que el recurso de amparo o “queja” constitucional (*Verfassungsbeschwerde* - *BvR*) no fue establecido en el texto inicial de la LFB, sino que se lo incorporó en la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1951 y se constitucionalizó recién en 1969 mediante reforma a la Ley Fundamental.

derecho en casos reales. Por esto, este recurso, como bien lo dijo Peter Häberle, es la “reina” de las vías de acceso al Tribunal y se ha convertido “en un modelo, que ha sido discutido en Italia y Francia, que tiene su ‘hermano’ en los procedimientos de *amparo* del mundo hispanoamericano”.⁷

Sin embargo, el TCF con cierta regularidad se ve enfrentado al peligro de colapsar ante la avalancha de casos que se le presentan y la seria dificultad para gestionar el volumen de asuntos como consecuencia de su éxito –sobre todo con relación al volumen de recurso de amparo que se interpone–. Se han buscado e intentado diversos mecanismos de descongestión que han intentado alcanzar un *justo medio* –en términos aristotélicos– entre el desarrollo operativo de las funciones del Tribunal y el derecho de las personas a obtener una justicia constitucional eficiente. Esta parece ser una batalla constante y tal vez irresoluble en términos categóricos, producto de la propia interacción de los elementos de constitucionalismo y con lo cual habría que aprender a lidiar y sobrellevar, tal como hasta ahora ha sucedido, aunque no sea una tarea fácil.⁸

Ahora bien, hacia afuera, las ideas –políticas, jurídicas, sociales– del constitucionalismo alemán han estado presentes, con diversos grados y matices, en los debates de los tribunales/cortes/salas constitucionales de otros países europeos y latinoamericanos. Estos países han mirado con interés hacia la experiencia alemana tratando de encontrar en ella guías y argumentos que les permitan lidiar con sus propios problemas constitucionales, dentro de sus peculiaridades y realidades jurídicas, históricas y político-coyunturales. El modelo de Estado constitucional democrático, e incluso el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, de los que se empieza a hablar en la América Latina “posdictaduras”, se apoyan en buena medida –conscientes o no– en los antecedentes de lucha social y jurídico-normativa por los derechos fundamentales en los países europeos de posguerra, en especial en Alemania y España.

Respecto a esto último, vale hacer el comentario siguiente: históricamente Latinoamérica y Alemania han construido y mantenido en general buenas relaciones; su interacción en materia política, económica, cultural, científica y tecnológica, entre

⁷ Peter Häberle, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en Diego García y Francisco Fernández (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 255.

⁸ Este problema se habría generado desde muy temprano. Incluso ya en 1953 se habría recomendado la eliminación del recurso de amparo (Helmut Simon, “La jurisdicción constitucional”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2 ed., 1996, p. 834). La denominada “Comisión Benda” en 1997 sugería, entre otras recomendaciones, dar al tribunal una competencia de selección discrecional o de libre admisión de los casos, próxima a la idea del *writ of certiorari* de la Suprema Corte de Estados Unidos (Pablo López, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 115-151). También mediante la Ley de Reforma del *BVerfGG* (Tribunal Constitucional Federal) de 02 de agosto de 1993, se pretendió dar un mayor peso a la dimensión objetiva en el recurso de amparo.

otras, ha sido en buena parte constante y enriquecedora.⁹ Sin embargo, también es cierto que por diversos factores (volumen migratorio, idioma, etc.) este acercamiento no había sido tan contundente como sí sucedió entre otros países europeos y Latinoamérica. En este sentido, hasta un cierto punto, España ha jugado un papel de *punto* entre la cultura germana y la latinoamericana.

Específicamente en materia jurídica, a partir de la Constitución de 1978 se implementó en España un *constitucionalismo* con rasgos próximos al alemán, estableciéndose también un tribunal constitucional, un recurso de amparo como principal vía de acceso de las personas al Tribunal Constitucional y que permita consolidar jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, así como una estructura formal y material de derechos fundamentales similares –aunque no idénticos– a la existente en Alemania.¹⁰ Y es que el derecho constitucional y la teoría del derecho española han mirado repetidamente hacia el país germánico a la hora de buscar un referente válido en esas materias.¹¹ Esto es comprensible porque –a muy grandes rasgos– la cultura española comparte con la alemana una identidad cultural europea, y, además, su proximidad geográfica le ha permitido un acceso directo y fluido al pensamiento alemán, que ha superado sin mayor dificultad la cuestión idiomática.

En tal contexto, la cultura jurídica latinoamericana –por tradición, pero sobre todo por razones de idioma– ha accedido al pensamiento jurídico alemán en buena medida a través de la producción jurídica española. En temas constitucionales, por ejemplo, se ha seguido de cerca el uso que el Tribunal Constitucional español ha hecho de los desarrollos jurisprudenciales de su par alemán, el TCF. Esto explicaría en alguna forma las referencias que se suelen hacer conjuntamente a las constituciones española y alemana y a sus respectivos tribunales constitucionales, dentro de decisiones de altas cortes latinoamericanas.

Sin desconocer ni descartar lo anterior, es notorio el acercamiento e intercambio que desde hace ya varias décadas la cultura jurídica latinoamericana y la alemana vienen teniendo recíproca y directamente, “sin escalas”.¹² La dilatada labor de tra-

⁹ Véase, *v. g.*, los artículos dedicados a conmemorar el primer centenario del fallecimiento de Alexander von Humboldt, científico alemán que realizó célebres expediciones y estudios científicos en Ecuador (Casa de la Cultura Ecuatoriana, *Boletín de informaciones científicas nacionales*, vol. 11, núm. 90, Quito, 1959. Disponible en repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/11845). También, Lars Scharnholtz y Alexandra Toro, “La influencia alemana en el proceso de industrialización en Colombia”, *Apuntes. Revista de Estudios sobre Patrimonio Cultural*, vol. 27, núm. 2, 2014, pp. 60-77. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.apc27-2.iapi>).

¹⁰ Véase, *in extenso*, Isabel Lifante, “El guardián de la Constitución”, en Rafael Escudero y Sebastián Martín (coords.), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*, Madrid, Akal, 2018, pp. 227-250.

¹¹ López, *op. cit.*

¹² Y no solo jurídica. Desde el lado alemán, *v. g.*, se desarrollan trabajos y proyectos que se interesan también en fenómenos políticos y sociales latinoamericanos, y se crean incluso institutos y redes sobre estudios latinoamericanos; ejemplo de esto son: el Centro de Estudios Latinoamericanos, adscrito a la Universidad de Kassel; el Instituto Latinoamericano de

ducción y de producción académica, tanto en lengua castellana como alemana, que han realizado, v. g., Ernesto Garzón Valdés¹³ y Eugenio Bulygin,¹⁴ es un destacado ejemplo que da buena cuenta de estas relaciones y colaboraciones directas. Carlos Bernal Pulido,¹⁵ y muchos otros que ahora injustamente se me escapan han hecho también reconocidos esfuerzos por difundir e intercambiar pensamientos. En temas constitucionales y de teoría del derecho, uno de los casos más notorios es la vasta difusión e influencia que en Latinoamérica ha tenido el trabajo del iusfilósofo alemán Robert Alexy; buena parte de su producción académica ha sido traducida al español, destacando las obras relacionadas con sus teorías de los derechos fundamentales¹⁶ y de la argumentación jurídica,¹⁷ así como sus ideas sobre ponderación¹⁸ y su famosa

Servicios Legales Alternativos (ILSA), Hamburgo-Berlín, adscrito al Instituto Alemán de Estudios Globales y Regionales; el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Libre de Berlín; y el Instituto Central de Estudios Latinoamericanos (Zilas), adscrito a la Universidad Católica de Eichstätt.

¹³ Entre muchísimos otros, fue el traductor al español de libros como *¿Qué es la justicia?* de Hans Kelsen, y de la primera edición de *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. Durante su estancia en Bonn, Garzón –junto con otros colegas– fundó la Colección Estudios Alemanes, donde por primera vez se tradujo al castellano a relevantes autores germanos; asimismo, junto con otros colegas, preparó la primera antología en alemán de la filosofía jurídica latinoamericana, titulada *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*. Para un listado de la vasta producción de Ernesto Garzón Valdés (en varios idiomas), así como de las obras traducidas por él (hasta finales de la década de los ochenta del siglo XX), véase Jorge Malem, “Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 407 ss.

¹⁴ Junto con Ernesto Garzón, publicaron en alemán una selección de autores argentinos titulada *Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute*. Una de sus principales obras, *Normative Systems*, escrita con Carlos Alchourrón, fue traducida al alemán por Annette Schmitt y Ruth Zimmerling. Bulygin tradujo al castellano la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, de Hans Kelsen, y junto con Garzón, *Las ventajas de la tópica*, de Theodor Viehweg, así como *Derecho, lógica, matemática*, de Herbert Fiedler, entre muchas otras. Un listado de la amplia producción de Eugenio Bulygin, que incluye su labor de traducción y de trabajos en varios idiomas, se recoge en su *curriculum vitae* disponible en: www.fundacionkonex.org/b1641-eugenio-bulygin

¹⁵ Entre otras, tradujo al español la segunda edición del libro *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy, edición que ha tenido una gran difusión en América Latina, y para la cual preparó un amplio estudio introductorio.

¹⁶ En especial, la segunda edición en español de su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹⁷ En especial, la segunda edición en español –actualizada– de su libro *Teoría de la argumentación jurídica*, trans. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹⁸ Idea que ha ido desarrollando a lo largo de sus obras, y que, en general, constituye un esfuerzo razonado y sistematizado de entendimiento y presentación de la actividad que ha efectuado el TCF alemán a la hora de solucionar conflictos entre principios jurídicos. Para conocer algunas posiciones críticas o escépticas, véase Juan Antonio García, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Ricardo Sanín (coord.), *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006;

“fórmula del peso”;¹⁹ además de ser un visitante constante de Latinoamérica como profesor invitado y conferencista.

En definitiva, de una u otra forma, directa o no, Latinoamérica ha podido acceder al pensamiento alemán, al contenido de los postulados insertos en la LFB y a su fecundo desarrollo hecho por el TCF, así como también a su problemática y críticas.

Ahora bien, los postulados y la implementación de la Constitución alemana abarcan casi por completo todo el espectro de la vida germánica en sociedad; esto es, regula y tiene efectos en la comunidad en general, así como en cada uno de sus integrantes, incluyendo aspectos políticos, jurídicos, sociales, económicos, culturales y hasta privados. Dado ese alcance, me interesará de aquí en adelante centrarme solo en las cuestiones de índole teórico-jurídicas que se han generado “en” y “a partir de” la LFB y que han tenido mayor interés y resonancia en América Latina. Con tal propósito, en el siguiente apartado enunciaré algunos de los temas, conceptos y problemas constitucionales que creo son los más relevantes y discutidos en el derecho latinoamericano actual; iré concretándolos y dando argumentos para evidenciar que en un cierto sentido ellos, al menos en su génesis, pueden ser identificados con –incluso derivados de– la LFB y el TCF alemán, advirtiéndose en el camino que precisamente se trata de temas espinosos y problemáticos –de ahí el llamado a su discusión–, algunos de ellos tal vez incluso irresolubles, pero que parecen devenir como tales en reconocimiento de las tensiones internas propias del modelo de Estado contemporáneo, tanto en Alemania como en América Latina. Finalizaré luego con un comentario a modo de conclusión.

1. Algunas cuestiones discutidas en el constitucionalismo latinoamericano y su identificación con el constitucionalismo alemán

Si se revisa la literatura jurídica sobre aspectos constitucionales (jurisprudencia de las altas cortes, principal doctrina, etc.) creo que se podrá acordar que, de manera más o menos homogénea, los temas, conceptos y problemas teóricos que enunciaré y comentaré a continuación son los más relevantes en el constitucionalismo latinoamericano, tanto por sus implicaciones como por el nivel de sus desacuerdos. Me

Riccardo Guastini, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2018, pp. 298-301 ss.; y la explicación que hace Manuel Atienza de las críticas que realiza Jürgen Habermas: “Habermas contra la ponderación”, en *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 539-545.

¹⁹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, *Addenda*, pp. 349 ss. Para una didáctica explicación de esta fórmula, véase Manuel Atienza, “Alexy y la fórmula del peso”, en Atienza, 2013, *ibid.*, pp. 249-258. También, Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 101-104.

interesa evidenciar, no obstante, que ello también ha estado presente en el constitucionalismo alemán y que, por lo menos en ese sentido, es posible reconocer un paralelismo temático –obviamente matizado–.

Vayamos por partes y veamos ahora algunos de los temas, conceptos y problemas en alguna medida compartidos.

1.1. El Estado de derecho y su articulación con las contemporáneas concepciones de democracia y de derechos fundamentales

El modelo de Estado ha sido un tema de estudio extenso e intenso.²⁰ El paso de los Estados liberales de derecho a los Estados sociales de derecho, y de estos finalmente a los Estados constitucionales democráticos de derecho, no debería entenderse como un abandono de los primeros, sino, más bien, como un intento de progreso y evolución donde este último se nutre y aprende de los primeros.

Junto con la Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 fue una de las precursoras de los Estados sociales; sin embargo, por una serie de factores contextuales los propósitos del Estado social en Weimar se vieron frustrados. Se aprendió de lo bueno y malo de Weimar y en la LFB se dieron avances y cambios drásticos y decisivos. Bajo la consigna de que las atrocidades cometidas en el régimen de terror del nazismo no vuelvan a repetirse nunca más, los derechos de las personas pasaron a ser la prioridad, y se estableció democráticamente un catálogo con derechos fundamentales que se constituirían en eje y fin de la actividad estatal y marcarían el límite material del ejercicio del poder de toda autoridad.²¹ Es por ello que Ernst W. Böckenförde hacía referencia a que luego

... de la supresión y quiebra del Estado de derecho por el régimen nacionalsocialista, la reflexión sobre este concepto [Estado de derecho] en la etapa contemporánea se ha esforzado por redefinirlo y desarrollarlo en dos direcciones: por un lado hacia un Estado social de derecho en sustitución del Estado de derecho liberal (burgués), y por el otro en favor de un concepto material en lugar del concepto formal.²²

²⁰ Véase, v. g., Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª. ed., Madrid, Taurus, 1998, donde, en sus primeras palabras introductorias, acuñó su conocida frase “No todo Estado es Estado de derecho”, p. 29; Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; también, Gustav Radbruch, *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 237-245; y, para una visión iuspositivista del paradigma del Estado constitucional de derecho, Luigi Ferrajoli, “1. Teoría del derecho”, *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 801 ss.

²¹ Véase Klaus Stern, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988, pp. 261-277.

²² Ernst W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 34.

En ese sentido es que el TCF ha mantenido que el modelo de Estado dispuesto en la LFB contiene “un mandato constitucional al legislador que obliga a este a atender a la justicia y al equilibrio sociales en el marco de la Constitución”, representando, además, un principio de interpretación de la Constitución y la ley, en cuanto al fin del Estado.²³

En este contexto y con tales antecedentes es que la idea de Estado avanza hacia la noción de Estado constitucional de derecho, en donde no basta ya con tener una constitución rígida, con supremacía jerárquica y con procedimientos agravados de reforma que la distingan de la ley –como forma jurídica–, sino que esta noción exigirá como componentes intrínsecos a su fin, la existencia de catálogos de derechos que vinculen materialmente al poder y de instancias de control de dichos vínculos. Es decir, el “núcleo del *derecho del Estado constitucional*, en suma, viene dado por un conjunto de *derechos fundamentales* cuya supremacía (rango constitucional) es garantizada jurisdiccionalmente (jurisdicción constitucional)”.²⁴

De lo anterior, lo que interesa destacar es que, con el foco puesto ahora en los derechos fundamentales, establecidos como normas jurídicas plenas de rango constitucional, se configuró un Estado que debe aprender a sobrellevar y resolver las tensiones que el reconocimiento, el desarrollo y la protección de estos derechos implica dentro de una sociedad estructurada, a su vez, en el ideal de la democracia como forma política de organización que evite la arbitrariedad y la concentración del poder. Así, la presencia y convivencia de los derechos fundamentales, del principio democrático, de la división de poderes y del imperio de la ley –en sentido amplio– son rasgos, elementos y valores constitutivos del Estado constitucional contemporáneo, y son los que efectivamente sustentan el constitucionalismo alemán y que se reflejan hoy también en la gran mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos.

En síntesis, la noción de Estado de derecho, entendida como el Estado constitucional y democrático de derecho, es el tipo de Estado que –al menos hasta la actualidad– permite de mejor manera materializar, política y jurídicamente, esos catálogos de derechos fundamentales que surgieron como elementos constitutivos de las constituciones luego de mediados de la centuria pasada, y que vinculan y limitan, formal y materialmente, a todo el poder.

²³ *Ibid.*, pp. 37, 38.

²⁴ Alí Lozada y Catherine Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015, p. 32.

1.2. La conveniencia y las consecuencias de establecer en las constituciones amplios catálogos de derechos fundamentales (humanos)²⁵

La positivización de dichos catálogos de derechos fundamentales en las constituciones implicó su reconocimiento como normas jurídicas plenas, esto es, exigibles y aplicables jurídicamente de manera directa y sobre cualquier norma de rango legal. Anteriormente precisé que los derechos fundamentales constituyen el eje y fin de la actividad estatal y marcan el límite del ejercicio del poder de toda autoridad. En el caso de Alemania, esto es así por el vigor y la contundencia que el artículo 1 de la LFB le da a la *dignidad humana*²⁶ y su íntima relación de fundamentación con los demás derechos fundamentales,²⁷ a lo que también ha contribuido en gran medida el desarrollo que el TCF le ha dado en su jurisprudencia;²⁸ actividad que, por cierto, tampoco ha estado exenta de críticas.²⁹

Puntualmente, el TCF ha considerado que la LFB “es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad

²⁵ Para los efectos de este trabajo, el uso de la expresión ‘derechos fundamentales’ hará alusión también a la noción de los derechos humanos. En tal caso, me referiré siempre aquí a los derechos fundamentales desde el nivel normativo constitucional estatal, no desde convenciones internacionales.

²⁶ Artículo 1 (1): “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

²⁷ Véase, *in extenso*, Ernst W. Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993. También, Danny José Cevallos, “Reflexiones sobre el derecho a la vida y a la dignidad humana en relación a la sentencia BvR 357/05 del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Didasc@lia: Didáctica y Educación*, vol. 6, núm. 6 (especial), diciembre, 2015, pp. 235-255. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6678488

²⁸ Una selección de la jurisprudencia constitucional alemana más relevante hasta la primera década del siglo actual, con las decisiones (sus principales fragmentos) traducidas al castellano, puede encontrarse en Benito Aláez y Leonardo Álvarez, “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Rudolf Huber (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. Disponible en: www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

²⁹ Otto Bachof se preguntaba: “¿No existe el peligro de que la Corte Constitucional, en lugar de controlar la aplicación de la Constitución, se convierta en la dueña de la Constitución? ¿No lleva forzosamente, semejante concentración de las facultades de la Corte Constitucional, al tan justificadamente temido gobierno de los jueces? ¿No sería atinado lo que un jurista tan competente como el ex *Chief Justice* de la *Supreme Court* Hughes dijera una vez: ‘We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is?’” (Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 56, mayo-agosto, 1986, p. 842).

humana como fin supremo de todo Derecho”.³⁰ Y es que la idea de inviolabilidad y de dignidad de la persona humana se convierte en la fuerza gravitante que ordena y da sentido pleno al constitucionalismo alemán de posguerra, caracterizando el origen de los demás derechos y el propio fin del ordenamiento.³¹ Así, ante el reconocimiento de los abusos del pasado y tras el Estado totalitario que implicó en Alemania el nacionalsocialismo nazi, la LFB respondió estableciendo un conjunto de valores, no como meras declaraciones éticas, sino como normas jurídicas plenas que buscan estructuralmente hacer prevalecer la calidad de persona humana digna frente al poder,³² actuando como cláusulas de apertura y de defensa, y favoreciendo de esta manera la expansión de derechos. Además, como bien lo mencionara Benda, lo establecido en el artículo 1 de la LFB “enlaza claramente con la Universal Declaration of Human Rights, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas”,³³ pues las atrocidades de sucesos como el Holocausto fueron las que generaron en Alemania y a nivel global, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, una toma de consciencia a escala mundial acerca del valor del ser humano, de su centralidad como fin estatal y como límite de la actuación de los poderes.

Desde sus inicios, la jurisprudencia del TCF ha establecido, por lo común, una interpretación muy amplia en favor del ejercicio de los derechos. Entre otros tantos, dos son los casos que más destacaron en la jurisprudencia temprana del Tribunal. En el Caso Elfes,³⁴ el Tribunal se pronunció sobre el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* y a través de este “abrió la puerta” hacia el amparo de casi cualquier otro derecho en circunstancias en las que, de alguna manera, el impedimento del ejercicio de ese otro derecho afectara a su vez al libre desarrollo de la personalidad. En el Caso Lüth,³⁵ el Tribunal estableció el *efecto irradiador* y el *efecto horizontal de los derechos fundamentales –drittwirkung–*, lo que conllevó la vinculatoriedad

³⁰ BVerfGE 12, 45 (51). Ernst Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 118.

³¹ González, *op. cit.*, pp. 27, 28.

³² Como bien lo sintetiza González, “La estructura de la Ley Fundamental de Bonn en este sentido es muy sencilla: el ser humano, la persona, la personalidad. Siguiendo esta idea básica el art. 1.2 LFB reconoce el respeto a los derechos fundamentales, estableciendo el art. 1.3 LFB su carácter vinculante frente a todos los poderes públicos sin excepción. Asimismo, mediante el art. 19.2 LFB se fija la imposibilidad de desconocimiento de la esencia de los derechos, llegando a limitar al poder de reforma constitucional en todo lo relativo a la dignidad humana en virtud de la cláusula de intangibilidad. Con el art. 2 comienza el catálogo concreto de derechos [...] y el art. 3.1 establece el principio general de igualdad. En el art. 19.4 LFB por último se convierten los derechos reclamables ante la justicia mediante el derecho a la tutela judicial efectiva” (González, *op. cit.*, pp. 25, 26).

³³ Benda, *op. cit.*, p. 117.

³⁴ BVerfGE 6, 32. Decisión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal de 16 de enero de 1957. Recurso de amparo interpuesto por Wilhelm Elfes.

³⁵ BVerfGE 7, 198. Decisión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal de 15 de enero de 1958. Recurso de amparo interpuesto por el Erich Lüth.

de los derechos fundamentales y la “irradiación” del contenido de estos a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico,³⁶ incluso con alcance para regular y decidir también sobre los actos y los conflictos entre particulares.³⁷ Dichos precedentes pusieron sobre la mesa la discusión respecto de un marco objetivo de valores en la Constitución y, a su vez, de la dimensión objetiva y la subjetiva que poseen los derechos fundamentales.³⁸

Por lo que respecta a la actividad jurisdiccional en los Estados constitucionales latinoamericanos a partir del modelo alemán, el establecimiento de derechos fundamentales en los textos constitucionales no está en discusión; es más, la tendencia ha sido a extender los catálogos de derechos entendiendo dentro de estos, no solo a los derechos denominados clásicamente “civiles y políticos”, sino también hacia el reconocimiento pleno y efectivo de los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y de pueblos y comunidades indígenas, entre otros. Tampoco se niega, en general, la irradiación y el efecto horizontal que pueden tener estos derechos; las polémicas suelen darse respecto de los momentos y los mecanismos para determinar cuándo efectivamente dichos efectos se dan o se justifican y con qué alcance. En este sentido, las construcciones teóricas que se han desarrollado en América Latina para poder avanzar en la protección de toda la gama de derechos, superando precisamente las fuertes distinciones “clásicas” de derechos –que intentaban “partir” la realidad mediante distinciones analíticas superficiales, como la de entender los derechos sociales como algo *fuera* de la categoría “derechos fundamentales”–, se constituyen en un gran aporte latinoamericano al constitucionalismo contemporáneo.³⁹

1.3. La justicia constitucional y la estructura de los mecanismos procesales de protección/materialización de derechos fundamentales, con énfasis en el recurso de amparo o similares

Quién y cómo proteger esos derechos fundamentales es un tema complejo y muy extenso. En este punto, hay que recordar que, como se dijo, la forma del Estado

³⁶ A esta sentencia se han referido en ocasiones como el “Marbury contra Madison alemán” en cuanto “funda un nuevo sistema de derechos” (Wahl, citado en González, *op. cit.*, pp. 36, 37, n. 98).

³⁷ Véase Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.

³⁸ Ernst W. Böckenförde comentó: “En el curso de la interpretación de los derechos fundamentales se dio un paso en dirección al cambio constitucional, esto es, hacia una modificación del contenido so capa de interpretación, con la doble cualificación de los derechos fundamentales postulada en Lüth, en la cual se los entiende no solo como derechos de libertad frente al Estado sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los ámbitos del derecho” (Ernst W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, *op. cit.*, pp. 191, 192).

³⁹ V. g., criterios como el de *conexidad* y luego el de *transmutación*, desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Véanse, entre otras, las sentencias T-859/03 y T-860/03.

constitucional de derecho evoca la existencia de un catálogo de derechos que vinculen al poder, pero también de instancias de control que garanticen dichos derechos. La LFB se decantó por crear un Tribunal Constitucional con un arsenal de competencias sin precedentes. Superando la concepción kelseniana del tribunal constitucional como legislador negativo, este nuevo tribunal pasó a tener no solo atribuciones de control abstracto de la ley vía acción de inconstitucionalidad de normas, sino también la facultad de conocer y controlar, mediante un examen de constitucionalidad vía recurso de amparo,⁴⁰ las decisiones judiciales finales o de última instancia que se emitan dentro del sistema de justicia ordinario, siendo, además, sus decisiones obligatorias y vinculantes para el resto de los poderes del Estado.⁴¹

Ahora bien, este diseño, de la mano de reconocer el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, supone una forma compartida de la protección de los derechos fundamentales, pues la justicia *ordinaria*, al sustanciar cada una de las causas de su competencia, dentro de la formalidad y ritualidad propia de cada proceso judicial ordinario, y de acuerdo con su materia, es la encargada inicialmente de hacer valer y proteger los derechos fundamentales mediante el control de la legalidad común, pero, claro está, todo ello a la luz de los preceptos constitucionales aplicables a cada caso. Es decir, hay que acudir primero a ella –la jurisdicción ordinaria y sus procedimientos–, y el TCF intervendría solo de forma subsidiaria –salvo ciertas excepciones–, vía recurso de amparo, realizando un control final de constitucionalidad y solo una vez que se hayan agotado efectivamente todas las vías e instancias disponibles en la jurisdicción ordinaria. Este modelo fue adoptado, pero con matices, por la Constitución española de 1978 y su Tribunal Constitucional. En estos países, a grandes rasgos, ‘jurisdicción constitucional’, entonces, hace referencia al ejercicio de las competencias de los tribunales constitucionales, donde la jurisdicción ordinaria también debe velar por la protección de los derechos fundamentales, pero dentro de la esfera de sus competencias comunes, de legalidad ordinaria.

En Latinoamérica, si bien existe la institución jurídica del amparo en casi todos los países, sus diseños se apartan notoriamente del alemán. Varios países de la región han desarrollado modelos en los que se puede acudir a los jueces del sistema de justicia ordinaria para solicitar la tutela o protección directa y focalizada en los derechos fundamentales constitucionales. Así, los jueces ordinarios, al conocer

⁴⁰ Que, como se ha dicho, es la institución procesal mediante la cual las personas acceden mayoritariamente al TCF y en la que se resuelven más casos.

⁴¹ Queda claro, entonces, que la vieja disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre quién debía ser el *defensor de la Constitución*, finalmente se terminó resolviendo en favor de Kelsen, a pesar de que los actuales tribunales constitucionales no se parezcan en absoluto al diseño de tribunal constitucional que el mismo Kelsen bosquejó (Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995. Véase Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2018, pp. 215 ss.).

ciertas acciones inmediatas y expeditas, se *invisten* temporalmente de jurisdicción y competencias constitucionales, y resuelven rápidamente en dichos procesos como jueces de constitucionalidad –procesos que a su vez no se rigen por la formalidad y ritualidad propia de los procesos ordinarios o comunes–. Es decir, en estos procesos el parámetro de control es directamente la constitución en relación con la posible vulneración de derechos fundamentales que se estaría alegando, sin reparar en los aspectos de la legalidad ordinaria del caso planteado. En otras palabras, en estas acciones procesales los jueces ordinarios resuelven de manera prioritaria y directa desde la constitución asuntos que se relacionan con derechos fundamentales. No obstante –y esto es muy relevante–, en estos modelos también es posible que mediante sistemas de recursos o mecanismos de selección y revisión, las decisiones tomadas por los jueces ordinarios sobre derechos fundamentales en procedimientos sumarios sean revisadas y controladas, a su vez, por los respectivos tribunales o cortes constitucionales.

Algunos ejemplos de estos modelos latinoamericanos son: la *acción de tutela* en Colombia,⁴² la *acción ordinaria de protección* y la *acción extraordinaria de protección* en Ecuador,⁴³ y el *amparo directo e indirecto* en México.⁴⁴ Respecto de estos modelos, cada cierto tiempo y con diversas intensidades surgen en estos países debates y propuestas para reformarlos e incluso eliminarlos, siendo uno de los argumentos recurrentes para ello la sobrecarga de casos que generan.⁴⁵

⁴² La *acción de tutela* la conocen y resuelven los jueces del sistema ordinario de justicia pero mediante un proceso preferente y sumario –no ordinario–; eventual y finalmente puede ser seleccionada para revisión de la Corte Constitucional. Solo de manera excepcional es posible demandar vía tutela la inconstitucionalidad de una decisión judicial.

⁴³ La *acción de protección* constitucional es conocida y resuelta por jueces del sistema ordinario de justicia mediante un procedimiento rápido y prioritario que no es de jurisdicción ordinaria sino constitucional, y luego, mediante una *acción extraordinaria de protección*, es posible comparecer ante la Corte Constitucional demandando protección constitucional contra las decisiones judiciales, siempre que sean de última instancia. Esto, de facto, ha convertido a la Corte en una “cuarta instancia” de casación constitucional.

⁴⁴ El *amparo* se ha constituido en la columna vertebral del sistema judicial a través del uso de los *amparos directos e indirectos*, los cuales, vistas ciertas circunstancias y satisfechos los requisitos formales y procesales, son conocidos por jueces ordinarios y pueden ser elevados o “atraídos” luego por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su resolución final.

⁴⁵ En Colombia, por ejemplo, la idea de reformas de la justicia que impliquen a su vez modificaciones de la acción de tutela es un tema que ha sonado varias veces. La más reciente se dio en 2018, donde se habló también de unificar las altas cortes en una única corte o tribunal. No obstante, como es conocido, aquellas propuestas no han prosperado. Sobre este tema, véase Maximiliano Aramburo, “¿Cuántas cortes son muchas cortes?”, *Revista Derecho - Debates y Personas*, núm. 14. Disponible en: www.academia.edu/37286161/_Cuántas_cortes_son_muchas_cortes. Por su parte, en Ecuador, mediante un proyecto de enmienda constitucional que versaba sobre varios temas, se intentó limitar el objeto de la acción de protección. La Corte Constitucional realizó un control previo de dicho proyecto de enmiendas constitucionales y, mediante Dictamen 001-14-DRC-CC de 2014, resolvió que lo perseguido vía enmienda constitucional en ese punto “pretende una reestructuración del objeto directo y eficaz de

No obstante, si se profundiza un poco más en el resultado material que buscan estos procesos, se concluirá que efectivamente todos estos modelos de amparo o tutela de derechos latinoamericanos persiguen la misma finalidad que el alemán, esto es, que todos los actos de poder, incluyendo también las decisiones judiciales, puedan tener un control final de constitucionalidad llevado a cabo por los tribunales/cortes/salas constitucionales.

Muchas y de muy variada índole pueden ser las causas que expliquen las diferencias entre todos estos modelos. Considero que, si uno es consciente de que, *v. g.*, así como los servicios de sanidad, la asistencia social o las condiciones laborales efectivamente no son las mismas en Alemania y España que en los países latinoamericanos,⁴⁶ así tampoco lo son sus sistemas de justicia ordinaria. En América Latina, el diseño constitucional ha debido reaccionar así ante la desidia de las políticas públicas que se relacionan con derechos fundamentales y prestacionales, y a la ineficacia de los procesos de justicia ordinaria para suplirlo, estableciendo entonces procesos judiciales preferentes, sumarios y paralelos a los ordinarios, enfocados en los derechos fundamentales.

1.4. El rol competencial –formal y material– que ocupan los tribunales/cortes/salas constitucionales y los órganos de la jurisdicción (justicia) ordinaria

En línea con el punto anterior, ante la posibilidad de que el TCF alemán revise y, de ser el caso, deje sin efecto el acto o la decisión del tribunal ordinario y establezca los lineamientos que deberán seguir las demás autoridades públicas, surge la polémica sobre los límites competenciales de los tribunales constitucionales y la división de poderes como componente del modelo de Estado.⁴⁷ Un primer aspecto es la discusión –ya existente, por cierto, en el derecho anglosajón– sobre una supuesta falta de legitimidad democrática de los jueces y el control de constitucionalidad de las

protección de la garantía jurisdiccional, por lo cual procede que sea tramitada a través de Asamblea constituyente”, y no mediante el trámite de enmienda constitucional que requiere solo debates en el interior de la Asamblea Nacional (Congreso). Así, la enmienda en ese tema concreto no prosperó (Danny José Cevallos, “La reforma constitucional en Ecuador. Procedimiento y algunas reflexiones”, en Carolina León, Víctor Alejandro Wong y Juan Luis Sosa (coords.), *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado*, México, Editorial Lex, 2017, p. 207).

⁴⁶ Que me parece que es, al menos en parte, a lo que Carrió hacía referencia con la idea de “los problemas del subdesarrollo”, al establecer como un *quinto foco* de problemas relacionados con la protección de derechos humanos a los “problemas del subdesarrollo de muchas comunidades nacionales en su vinculación con la efectiva consagración y defensa de los derechos humanos, principalmente los de contenido económico, social y cultural” (Genaro R. Carrió, *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 63, 64).

⁴⁷ *V. g.*, Jürgen Habermas, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 311-361.

leyes –*judicial review*–.⁴⁸ Como segundo aspecto la independencia “interna” y los posibles conflictos de competencia material entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria;⁴⁹ esto es, la discusión respecto de quién debe tener la decisión final de acuerdo con la materia *litis*: si el Tribunal Supremo Federal en asuntos de normativa legal ordinaria y especializada (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, etc.), o el Tribunal Constitucional Federal mediante su facultad de revisión de cualquiera de las decisiones judiciales ordinarias pero respecto a su constitucionalidad como parámetro de control, pudiendo dejar sin efectos dichas decisiones.

La relevancia de este tema aquí se justifica pues se constata la posibilidad de que el TCF, vía recurso de amparo contra una decisión judicial, “está ante el peligro de adoptar una decisión que en el fondo sea una revisión ulterior, una superrevisión, o de decidir de nuevo sobre la determinación y valoración de hechos; es decir, abrir una superinstancia para determinar los hechos”.⁵⁰ Es decir, el problema estaría en que, bajo el argumento de controlar la constitucionalidad de las decisiones de la justicia ordinaria y verificar que aquellas no vulneren derechos fundamentales, el TCF puede incurrir en el desliz de ejercer facultades propias de la jurisdicción ordinaria, *v. g.*, como la de entrar a fijar y valorar los hechos dentro del proceso ordinario bajo los parámetros de legalidad ordinaria, según la materia. Esto fue ya advertido por el propio TCF en su fase temprana,⁵¹ y desde entonces jurisprudencialmente “ha intentado racionalizarlo a lo largo de ella [de su jurisprudencia] y también se discute constantemente sobre ello en la doctrina”.⁵²

De lo anterior, en términos prácticos, el TCF se ha impuesto en su papel jerárquico de guardián último de la Constitución; no obstante, la discusión y la revisión teórica sobre si eso efectivamente debería ser así, se sigue discutiendo. Y es que parece que ello es una cuestión irresoluble en términos definitorios, siendo una especie de “tensión” que hay que ir resolviendo en cada caso, producto de la participación de ambas jurisdicciones en el deber de cuidar de los derechos fundamentales, derechos que, a su vez, como consecuencia del efecto irradiación, se encuentran dispersos y relacionados argumentativamente sobre todo el conjunto del ordenamiento jurídico, tanto en los aspectos formales como en los materiales. Así, entonces, la solución final debería pasar por una cuestión de autocontención o moderación del propio TCF en esos aspectos.⁵³

⁴⁸ Mark Tushnet, *Constitucionalismo y judicial review*, Lima, Palestra, 2013.

⁴⁹ Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92.

⁵⁰ Christian Starck, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 100.

⁵¹ BVerfGE 1, 418 (420). *Ibid.*, p. 100; nota al pie 261.

⁵² *Ibid.*, p. 100.

⁵³ Respecto de la moderación del propio Tribunal Constitucional en su quehacer, Christine Hohmann-Dennhardt, exmagistrada de dicho organismo, comentó que el TCF “se atiene

Similares dificultades se han presentado también en España y varios países de América Latina, donde se han registrado episodios del llamado “choque de trenes”; esto es, de disputas que han confrontado a los tribunales/cortes constitucionales frente a los respectivos tribunales/cortes supremas u otra alta corte establecida en el sistema constitucional (el Consejo de Estado colombiano, v. g.). Aquí también, siguiendo a Alemania, en la práctica el asunto se ha terminado por zanjar a favor de los tribunales/cortes constitucionales, aunque ciertamente la discusión en términos teóricos sigue abierta con respecto a las fronteras entre el quehacer de jueces ordinarios y de jueces constitucionales y cómo articularse en materia de protección de derechos fundamentales (¿jurisdicción de normas, de tipo de conflictos, de tipo de derechos?).

1.5. Cuestiones teóricas relacionadas con la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos

Del fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos⁵⁴ derivan, a más de cuestiones estructurales y competenciales, una serie de complejas cuestiones de teoría y filosofía jurídicas especialmente relevantes en el momento de operar con materiales constitucionales. Ejemplo de esto son temas como: i) la delimitación del “núcleo duro” o *contenido esencial* de los derechos fundamentales;⁵⁵ ii) la determinación de la dimensión *objetiva* y *subjetiva* de los derechos fundamentales, y del marco de valores en un ordenamiento constitucional; iii) la distinción *principio/regla* como forma jurídica del establecimiento normativo de derechos fundamentales;

a la comprobación de los hechos efectuada por los tribunales y parte de las circunstancias en que estos han basado sus decisiones. Si los tribunales han abordado y ponderado en sus decisiones las respectivas posiciones de las partes en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal mantendrá por regla general tales resoluciones, aun cuando la ponderación pudiera haber llegado a una conclusión distinta. Solo cuando los tribunales no han percibido en sus resoluciones la relevancia de un derecho fundamental que deba tenerse en cuenta, o bien la han soslayado por completo, ello entrañará la inconstitucionalidad y la nulidad de tales decisiones. Lo mismo cabe afirmar cuando una sentencia no sea sólida ni sostenible desde ningún punto de vista y, por tanto, infrinja la prohibición de arbitrariedad, o bien cuando haya sido adoptada con vulneración de normas procesales básicas propias de un Estado de derecho que, de conformidad con nuestra Constitución, deban ser observadas” (Christine Hohmann, “División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal”, en *Las constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 11, 12).

⁵⁴ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-164. Véase también, Josep Aguiló, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 666, 667.

⁵⁵ Juan Carlos Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 218 ss.

iv) la determinación de los criterios y métodos de *interpretación* y aplicación de los derechos fundamentales⁵⁶ y cómo operar con la *proporcionalidad*,⁵⁷ la *ponderación* y la *subsunción*;⁵⁸ v) la necesidad y relevancia de la *argumentación jurídica*;⁵⁹ vi) el activismo judicial⁶⁰ y los límites materiales de los jueces –hasta dónde *deben* y *pueden* ir–, especialmente en lo relacionado con el control de constitucionalidad de leyes y de los actos de poder de las autoridades democráticas; y vii) la conexión necesaria o no entre el derecho y la moral, o del límite entre estos dos sistemas normativos en el constitucionalismo contemporáneo.

Es precisamente en la jurisprudencia y en la dogmática sentada por el TCF al aplicar la LFB donde han surgido, *prima facie*, muchos de estos temas que luego han resonado en los países latinoamericanos con diversos resultados e intensidades. No son pocas las veces en que órganos jurisdiccionales latinoamericanos han hecho referencia en sus decisiones a la LFB o a la jurisprudencia del TCF alemán,⁶¹ e incluso en ocasiones se ha hecho uso expreso de propuestas teóricas desarrolladas por autores alemanes.⁶²

⁵⁶ Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit.; Martin Borowski, “La estructura de los derechos fundamentales”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; e Isabel Lifante, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018. Véase también, Guastini, *Filosofía del derecho positivo*, op. cit., pp. 243 ss.

⁵⁷ Rainer Arnold, José Ignacio Martínez, Francisco Zúñiga, “El principio de proporcionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios constitucionales*, núm. 1, 2012, pp. 65-116.

⁵⁸ Bernal, *El derecho de los derechos*, op. cit., pp. 93 ss.

⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit.; Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit.; *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006; *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003.

⁶⁰ Jesús Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 123-150; Henrik López, “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 171-192; Alí Lozada, “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 211-226.

⁶¹ V. g., en el cuerpo o como notas al pie, en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana: T-002/92, C-544/92, SU-339/11, T-135/14, C-332/17, C-076/18, entre otras; del Tribunal Constitucional peruano: 0895-2001-AA, 00014-2002-AL, 0042-2004-AL, 01567-2006-AA, 00008-2012-AL, entre otras; del Tribunal Constitucional chileno: 2273-12, 2881-15, 3146-16, 5572-18, entre otras; de la Corte Constitucional ecuatoriana: 012-09-SEP-CC, 003-10-SEP-CC, 001-14-PJO-CC, 028-14-SEP-CC, entre otras.

⁶² Es el caso de la Sentencia 002-09-SAN-CC, emitida por la entonces Corte Constitucional para el periodo de transición de Ecuador. La Corte se decantó por aplicar de manera expresa la denominada “fórmula del peso” alexiana (pp. 31 y ss.) para decidir así si efectivamente cierta normativa jurídica restringía de manera injustificada el ejercicio de derechos constitucionales. No obstante, la Corte hizo un uso matizado o “adaptado” de la fórmula, pues decidió no aplicar la variable del “peso abstracto”, en razón de que –indicó– según el artículo 11.6 de la Constitución ecuatoriana, todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía (léase, entonces, según la Corte, de igual “peso abstracto”).

Ahora bien, si se pretende responder de forma articulada a todas las cuestiones jurídicas planteadas es necesario fijar una posición teórica, esto es, adoptar como punto de partida una concepción del derecho, y desde ahí identificar puntos de conexión y claves de solución, si ello es posible. Sobre las concepciones del derecho que se discuten para el Estado constitucional, muy *grosso modo* puede decirse que el tema pasa por determinar si: i) el *iuspositivismo* –en alguna de sus variantes– continúa siendo una teoría adecuada para operar jurídicamente de forma satisfactoria en los Estados constitucionales; ii) si el constitucionalismo actual estaría exigiendo un regreso a alguna clase de *iusnaturalismo* (racionalista, v. g.); o iii) ambos modelos teóricos resultan ya insuficientes y se necesita pensar –construir– un nuevo modelo que dé cuenta efectivamente de todo el fenómeno jurídico del Estado constitucional. Cada posición ha tenido sus animados defensores y detractores, tanto en Alemania como en América Latina.

Sobre esta discusión de concepciones del derecho, que entiendo como medular pues se proyecta sobre todos los demás temas, simplificando mucho diré: actualmente la posición *iusnaturalista* parece ser la que menor apoyo encuentra, no obstante el (re)surgimiento y acogida en la jurisprudencia constitucional alemana de algunos criterios que parecerían identificarse con aquella posición teórica. Ejemplo de ello es la invocación de la conocida fórmula de Radbruch –el derecho “injusto”–.⁶³ Por otra parte, el positivismo jurídico, luego de cierta reivindicación,⁶⁴ ha procurado

⁶³ Gustav Radbruch, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009, pp. 25-42; “Cinco minutos de filosofía del derecho”, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009, pp. 71-74; *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 178-180. Véase también, Robert Alexy, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 205. Sobre derecho *metapositivo*, véase Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010, pp. 60-68, 88, 89.

⁶⁴ En la posguerra, al positivismo jurídico se le “atribuía responsabilidad directa por la situación de la arbitrariedad legal que padecía Alemania a partir de 1933”; no obstante, Garzón Valdés aclararía que “interesante es también señalar que ya durante la época de Hitler el positivismo kelseniano había sido rechazado como opuesto a la ideología nacionalsocialista [...] La teoría pura del derecho era ‘inútil por ser una teoría del Estado sin Estado, que ha conducido a una supervaloración del individuo’. Todavía en 1943, Walter Schönfel decía: ‘Sería difícil demostrar el origen ario del positivismo porque está demasiado influenciado y promovido por el espíritu judío’. La explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacionalsocialista a través de la actitud iuspositivista de los juristas es histórica y conceptualmente falsa. Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo que veía en el *Führer* al ‘único legislador’ de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania” (Ernesto Garzón, “Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 235-237). Véase también, Antonio Peña, “¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 45, octubre, 2016, pp. 33 ss.

adaptarse. Un ejemplo de sus variantes “perfeccionadas” –y que es, me parece, la más difundida y discutida– es el *iuspositivismo garantista* en la propuesta teórica de Luigi Ferrajoli,⁶⁵ autor que se distancia de lo que él denomina “paleo-iuspositivismo”,⁶⁶ en relación con las posiciones iuspositivistas fuertemente formalistas. Por último, en cuanto a la propuesta de pensar una nueva teoría, se suele hablar de concepciones como la *postpositivista*, *no-positivista*, y la *neoconstitucionalista* que, en síntesis, propondrían una superación (en el caso del postpositivismo) o un abandono (en el caso del neoconstitucionalismo) de la concepción positivista del derecho, en favor del reconocimiento de una primacía del contenido valorativo (moral) de las constituciones y no ya de sus formas, sin que *necesariamente* se confunda aquí al derecho con la moral. Ello es lo que ha llevado a retomar la vieja discusión sobre la separación absoluta o no entre estos dos sistemas normativos.⁶⁷

Ahora, se debe tener claro que la concepción postpositivista se distingue y se distancia de la neoconstitucionalista. Se debería incluso descartar la expresión ‘neoconstitucionalismo’, pues ella no es precisa para referirse a una teoría jurídica o concepción del derecho.⁶⁸ Esta denominación o expresión confunde el *constitucionalismo jurídico* con el *constitucionalismo político*,⁶⁹ y, a su vez, el uso de dicha

⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009; *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2011. Véase también, Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53. En sentido crítico, véase Josep Aguiló, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 55-71.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli, “El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 311-360.

⁶⁷ Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁶⁸ O simplemente, como dice Manuel Atienza, el neoconstitucionalismo “no se sabe qué es” (Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 117 ss.). Véase también, Susana Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353, que es el texto que habría introducido la expresión ‘neoconstitucionalismo’, aunque su autora curiosamente lo haya acuñado en sentido peyorativo. Sobre el tema, véase también, Carlos Bernal, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 79-119; Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, donde, casi paradójicamente, la mayoría de los autores que allí escriben no se denominarían o no se reconocerían a sí mismos como “neoconstitucionalistas”.

⁶⁹ Desde una dimensión histórico-política-institucional sí cabe hablar de algo ‘nuevo’ respecto del *constitucionalismo político* anterior y, por ende, el uso del prefijo *neo*, en contraste con los textos constitucionales anteriores, podría ser descriptivamente apropiado. Lo que *no* es descriptivamente apropiado es denominar como *neoconstitucional* a una teoría jurídica o concepción del derecho, pues previo al *constitucionalismo jurídico* actual no ha existido antes una teoría del derecho llamada ‘constitucionalismo’ a la cual le fuere aplicable el prefijo ‘neo’ –solo están previamente el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* (con todos los modelos y variantes agrupadas en ellos)–. En definitiva, en cuanto a expresión como teoría jurídica, en

expresión en Latinoamérica ha llevado a confundir y ha estado asociada más bien con corrientes tendencialmente iusnaturalistas (o iusmoralistas).⁷⁰

Aclarado lo anterior, una de las particularidades de la concepción postpositivista⁷¹ está en que, si bien se reconoce la necesidad de atender a la *dimensión axiológica-valorativa* del constitucionalismo, ello no implica un abandono u olvido, siempre y sin más, de la también existente *dimensión formal-institucional* del constitucionalismo.⁷² Esto, porque se reconoce la importancia de preservar algunos de los elementos civilizatorios del iuspositivismo (como la certeza del derecho o la seguridad jurídica, v. g.); sin embargo, dichos elementos, a la luz de ciertos contextos materiales y sustantivos que exijan un desbordamiento de las formas, deberán abrirse argumentativamente a ser releídos e interpretados *también* desde la dimensión valorativa y *no solo* desde la formal-institucional, procurando así satisfacer *adecuadamente*, en un ejercicio de razonamiento práctico, los fines del Estado constitucional; es decir, siempre de manera justificada *dentro* del marco de lo *jurídicamente posible*, reconociendo los límites fácticos y competenciales que el Derecho impone –v. g., en especial dentro de los llamados casos “difíciles”–.

Del postpositivismo en concreto también interesa comentar que se trata de una teoría desarrollada colectivamente desde diversas culturas que confluyen en ella. Así, uno de sus representantes es precisamente el alemán Robert Alexy, así como también es deudora de los aportes de latinoamericanos como Carlos Santiago Nino, o españoles como Manuel Atienza, entre muchos otros.

En síntesis, las dinámicas internas y las tensiones propias del constitucionalismo actual generan complejidades jurídicas, en sentido estricto, que se presentan tanto en el constitucionalismo alemán como en el latinoamericano. En ambos casos es necesario fijar una posición teórica general, transversal, una concepción del derecho para el Estado constitucional –que de fondo compartimos–, que permita arribar a los mejores resultados prácticos posibles dentro de una dinámica valorativa-institucional. Para ello, creo que la LFB y el TCF han marcado ya algunas pautas, aunque a veces no sean claras, o se desvíen y deban volver a encaminarse teóricamente.

el término ‘neoconstitucionalismo’ el prefijo neo está de más y crea confusión (Atienza, *ibid.*, p. 118).

⁷⁰ Al ‘neoconstitucionalismo’ se lo ha invocado tanto para *intentar justificar* decisiones “bien intencionadas” pero teóricamente equivocadas, como para querer cubrir con un aparente *ropaje de legitimidad* de los derechos decisiones espurias que solapan posiciones ideológicas y políticas que nada tienen que ver con el constitucionalismo jurídico bien entendido.

⁷¹ Por simplificación diré aquí que el *postpositivismo* presupone algún grado de *no positivismo*.

⁷² Para efectos comparativos de las teorías, aquí asumo que la *dimensión axiológica-valorativa* del constitucionalismo será la única que, por decirlo de algún modo, le interesará a una concepción *iusnaturalista* del derecho. Por su parte, la *dimensión formal-institucional* del constitucionalismo será, a su vez, la única que le interesará a una concepción *iuspositivista* del derecho. Ahora, aclaro que esto lo presento aquí de manera muy general, “pintándolo con brocha muy gruesa”, a fin de reducir a lo esencial la exposición; no obstante, soy consciente de que tanto el *iusnaturalismo* como el *iuspositivismo* quieren decir y abarcar mucho más.

A modo de conclusión

En este trabajo he intentado defender la idea de que los principales temas, conceptos y problemas con los que se opera y simultáneamente se discuten en el quehacer jurídico de América Latina, principalmente en el derecho constitucional, derivan en algún sentido de la LFB y la jurisprudencia del TCF alemán. Y es que en estos últimos es donde se concibieron y desde donde se expandieron la mayoría de los elementos teóricos del modelo del Estado constitucional, al menos desde la perspectiva de los países de tradición jurídica romano-germánica –*civil law*–. En otras palabras, muchos de los principales elementos constitutivos de nuestros constitucionalismos se originan en el constitucionalismo alemán. Es cierto que en nuestros países cada vez se pueden apreciar más elementos del *common law* y del constitucionalismo norteamericano –político, me parece–, pero mi interés aquí ha sido evidenciar la resonancia de lo que se nos ha aportado desde el constitucionalismo alemán, directa o indirectamente, y que, creo, en nuestra cultura tiene un alcance mucho mayor del que comúnmente pensaríamos.

Ahora bien, que esos elementos originarios hayan evolucionado o involucionado, se hayan transformado, e incluso pretendan ser superados de forma diversa –mixta– en cada uno de los países, es cosa distinta. Las formas, modos, grados e intensidades de la recepción –crítica o acrítica– y su desarrollo, naturalmente han estado condicionadas por las circunstancias contextuales e idiosincrásicas de cada uno de los países. Sin embargo, creo que es válido, cooperativo y necesario el ejercicio de trazar líneas teóricas generales, transversales, y en las cuales sea posible identificar y ubicar uno o varios de esos temas y problemas. Si eso es así, implica que es correcto sostener que hay lugares comunes –y desafíos comunes– entre los países latinoamericanos y Alemania, en lo que a constitucionalismo se refiere.

Los temas/problemas compartidos de teoría y filosofía jurídica que aquí apenas se han enunciado, solo podrán ser abordados satisfactoriamente –para obtener *buenos* resultados prácticos en la aplicación del derecho–, adoptando una *buena* teoría, una *adecuada* concepción del derecho; claro está, si es que aquello es posible. Para ambos lados del Atlántico, una teoría *postpositivista* que presuponga una concepción *argumentativa* del derecho, parece perfilarse como la teoría jurídica más adecuada para desarrollar y defender el Estado constitucional de derecho,⁷³ ese por cuya real y efectiva implantación se lucha en América Latina y que encuentra varias de sus raíces en la Ley Fundamental de Bonn, en el Tribunal Constitucional Federal alemán y en las batallas que estos han librado por la dignidad humana.

⁷³ Véase Josep Aguiló, “En defensa del Estado constitucional de derecho”, *Doxa*, núm. 42, 2019, pp. 85-100.

Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- AGUILÓ, Josep, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 55-71.
- _____, *En defensa del Estado constitucional de derecho*. *Doxa*, núm. 42, 2019, pp. 85-100.
- _____, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 665-675.
- ALÁEZ, Benito y Leonardo ÁLVAREZ, “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 197-230.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ARAMBURO, Maximiliano, *¿Cuántas cortes son muchas cortes?* Disponible en: www.academia.edu/37286161/_Cuántas_cortes_son_muchas_cortes
- ARNOLD, Rainer, José Ignacio MARTÍNEZ y Francisco ZÚÑIGA, “El principio de proporcionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2012, pp. 65-116.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003.
- _____, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- _____, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *Doxa*, núm. 30, 2007.
- _____, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- _____, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- BACHOF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 56, mayo-agosto, 1986, pp. 837-852.
- _____, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010.
- BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst BENDA et al., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BÁRCENA, Josu de Miguel y Javier TAJADURA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2018.

- BERNAL, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- _____, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- _____, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARRÍO, Genaro R., *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA, *Boletín de informaciones científicas nacionales*, vol. 11, núm. 90, Quito, 1959. Disponible en: repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/11845.
- CEVALLOS, Danny José, “Reflexiones sobre el derecho a la vida y a la dignidad humana en relación a la sentencia BvR 357/05 del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Didasc@lia: Didáctica y Educación*, vol. 6, núm. 6 (especial) diciembre, 2015, pp. 235-255. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6678488
- _____, “La Reforma Constitucional en Ecuador. Procedimiento y algunas reflexiones”, en Carolina LEÓN, Víctor Alejandro WONG y Juan Luis SOSA (coords.), *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado*, México, Editorial Lex, 2017.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª. ed., Madrid, Taurus, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.
- _____, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009.
- _____, “El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 311-360.
- _____, “*Principia iuris*”, 1. *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
- GARCÍA, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Ricardo SANÍN (coord.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006.
- GARZÓN, Ernesto, “Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GAVARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GONZÁLEZ, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2010.

- GUASTINI, Riccardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2018.
- _____, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- HÄBERLE, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en Diego GARCÍA y FRANCISCO FERNÁNDEZ (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- _____, “Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 99-122.
- HOHMANN, Christine, “División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal”, en *Las constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. Disponible en: www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- LIFANTE, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- _____, “El guardián de la Constitución”, en Rafael ESCUDERO y Sebastián MARTÍN (coords.), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*, Madrid, Akal, 2018.
- LÓPEZ, Pablo, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 115-151.
- LÓPEZ, Henrik, “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 171-192.
- LOZADA, Alí, “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 211-226.
- LOZADA, Alí y Catherine RICAURTE, *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015.
- LUCAS, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.
- MALEM, Jorge, “Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 399-411.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PEÑA, Antonio, “¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 45, octubre, 2016, pp. 11-46.

- POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, julio-septiembre, 1993, pp. 23-45.
- POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- _____, *Filosofía del derecho*, 4ª. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- _____, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009.
- SCHARNHOLZ, Lars y Alexandra TORO, “La influencia alemana en el proceso de industrialización en Colombia”, *Apuntes. Revista de Estudios sobre Patrimonio Cultural*, vol. 27, núm. 2, 2014, pp. 60-77. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.apc27-2.iapi>
- SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Ernst BENDA *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.
- STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988, pp. 261-277.
- TUSHNET, Mark, *Constitucionalismo y judicial review*, Lima, Palestra, 2013.
- UNGER, Mark, “Sesenta años de la Ley Fundamental Alemana - De un provisorio con una larga vida”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 301-316.
- VEGA, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 123-150.

**Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano**

Anuario 2019



Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2019

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2019 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B No. 18-12, piso 7
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editora responsable

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Magdalena Schaffler

Coordinación académica

Miguel Ángel Barboza López

Revisión de textos

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)
Fernando Xifré (revisión textos)

Diagramación

Marta Rojas

Cubierta

Martha Gómez

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S.

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

Contenido

<i>Presentación</i>	11
<i>Discurso del presidente de la Fundación Konrad Adenauer, Norbert Lammert</i>	19

Notas y ponencias especiales de aniversario²¹

- Andreas Voßkuhle
*Setenta años de la Ley Fundamental alemana:
la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal
sobre la libertad de prensa y de opinión a través del tiempo*23
- Christian Waldhoff
*¿Qué se debe incluir en la Constitución?
Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones
constitucionales vinculantes*.....43
- Udo Steiner
Estado social sin Constitución social.....49

I. Avances y desafíos del constitucionalismo en Latinoamérica

1.1. Constitución e identidad constitucional de los países latinoamericanos

- María Isabel Urquiza (Argentina)
*El constitucionalismo en el último centenario
de la Independencia argentina (1916-2016)*.....61
- Andrés Cervantes Valarezo (Ecuador)
*Avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano:
la garantía de rigidez y construcción de identidad constitucional*.....85
- Paúl Córdova Vinuesa(Ecuador)
*Nuevos derechos en viejas constituciones.
La arquitectura institucional del presidencialismo fractura
la historia del constitucionalismo en Ecuador* 115

- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
*Cambios y desafíos de las reformas constitucionales
de los últimos 25 años en la República Dominicana* 135
- Omar Sar Suárez (Perú)
*El control concentrado de constitucionalidad
de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018)* 155
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
*30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil:
avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal
na proteção dos direitos fundamentais e no respeito
ao princípio democrático*..... 183
- Francisco Franco Soto (República Dominicana)
*El Tribunal Constitucional de la República Dominicana:
siete años de una nueva justicia constitucional (2011-2018)*..... 201
- Agustín Grijalva Jiménez (Ecuador)
José Luis Castro-Montero (Ecuador)
*Reelección presidencial indefinida y reforma constitucional
en América Latina: análisis comparado de los casos de Venezuela,
Nicaragua, Ecuador y Bolivia*..... 223

I.2. Democracia, libertad de expresión y acceso a la información pública

- Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
*Democracia, participación y descentralización en la consolidación
del Estado democrático y social de derecho*..... 245
- Pablo Roberto Toledo (Argentina)
*Derecho de acceso a la información pública
y transparencia activa: un modelo para armar* 285
- Milton Ray Guevara (República Dominicana)
*Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional dominicano
en materia de libertad de prensa y de expresión.
Estudio de casos. Lecciones aprendidas y experiencia comparada* 307

I.3. Progresos y desafíos en materia de derechos sociales y en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
*El derecho a la seguridad social como derecho autónomo
y su impacto en las personas mayores* 321

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Rosana Helena Maas (Brasil)
*Desafios e perspectivas do direito fundamental social
à saúde nos 30 anos da Constituição Federal brasileira:
da programaticidade à judicialização* 349
- Silvia Serrano Guzmán (Colombia)
*El principio de igualdad y no discriminación: concepciones,
tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias
emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 369
- María Elena Attard Bellido (Bolivia)
*Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa
Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional
un modelo polifónico de justicia constitucional?* 409
- Juan C. Herrera (Colombia)
*Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América
Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes* 437
- Héctor Fernández Vázquez (Venezuela)
*La protección judicial de los derechos colectivos
y difusos en Venezuela* 475
- André Luiz Pereira Spinieli (Brasil)
Letícia de Paula Souza (Brasil)
*Pessoas com deficiência e o direito à cidade:
pensando a acessibilidade urbana* 501

I.4. La compleja relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno: del principio de subsidiaridad

- Andrea Desirée Rabanales de la Roca (Guatemala)
*El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable.
Mecanismo dialógico entre la Corte IDH
y los tribunales constitucionales* 517
- Víctor Bazán (Argentina)
*Modalidades y praxis de control constitucional de los tratados
internacionales en algunos Estados latinoamericanos* 537
- Felipe de la Mata Pizaña (México)
Alfonso Herrera García (México)
*Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción
en el sistema interamericano de derechos humanos* 589

- Óscar Parra Vera (Colombia)
Mónica Trespalacios Leal (Colombia)
*Desafíos para el cumplimiento de la obligación de investigar,
juzgar y sancionar emitida por la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en casos colombianos* 609

I.5. Separación de poderes, independencia judicial y activismo jurídico

- Diana Fajardo Rivera (Colombia)
*¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?
Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto
en el sistema constitucional colombiano* 647
- Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia)
Alfio M. Russo (Suiza)
*Elección popular de jueces en Bolivia: aportes
del derecho constitucional comparado al debate* 657

I.6. Derecho penal y constitución

- Héctor Alberto Pérez Rivera (México)
*La muerte del derecho penal: la constitucionalización
del derecho victimal como elemento central de la reforma
del sistema de justicia mexicano del año 2008* 683
- Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski (Brasil)
Bruna de França Hungaro (Brasil)
*Prisão com condenação em segunda instância: afeta
a presunção de inocência exposta na constituição brasileira?* 699

II. Interacciones entre el derecho constitucional alemán y latinoamericano

- Juan Carlos Esguerra Portocarrero (Colombia)
La dignidad humana en la Constitución 721
- Carlos Bernal (Colombia)
Nicolás Esguerra Miranda (Colombia)
*La influencia de E.-W. Böckenförde en la jurisprudencia
de la Corte Constitucional de Colombia* 733
- Danny José Cevallos C. (Ecuador)
*El Estado constitucional de derecho en América Latina
y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde
la teoría del derecho* 755

- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)
*Influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949
sobre la Constitución ecuatoriana de 2008* 781
- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)
*La interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal
Constitucional. ¿Modelo o advertencia para América Latina?* 795
- Carlos María Pelayo Möller (México)
*Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán
de la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina:
la idea de renovación constitucional, la dignidad humana
y los efectos horizontales de los derechos* 811
- Jesús María Casal (Venezuela)
*Los escenarios de fundación constitucional y la génesis
de la Ley Fundamental de 1949* 829
Instrucciones para la presentación de artículos 851